

A PRISÃO NA CONSTITUIÇÃO*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL**

*Juiz Federal e professor da Faculdade de Direito
Milton Campos, em Belo Horizonte-MG*

A primeira e básica função do Estado é a de dar segurança a quem está em seu território, seja ele seu cidadão ou não. Como o Estado se agigantou, se hipertrofiou, a Lei – única medida numa democracia – se vê forçada, para evitar que o próprio Estado se torne o **lupus homini**, a gizar sua intromissão na vida do particular.

Dia a dia as Constituições dos diversos Estados procuram ampliar os direitos e as garantias individuais dos cidadãos. Foi com esse espírito que o projeto de Constituição da Comissão de Sistematização teve aprovado em plenário o parágrafo 24 do artigo 6º:

Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade Judiciária competente. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou pessoa por ele indicada. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e do advogado. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Esse dispositivo, não paira dúvida alguma, reúne o que de melhor existe no assunto em todas as Constituições estrangeiras e, ao mesmo tempo, constitucionaliza uma das grandes conquistas do direito americano no famoso caso "Miranda v. Arizona", um dos pontos altos da Corte Warren (01.03.54 a 23.06.69).

O texto aprovado (parágrafo 24, do art. 6º) inovou, pois passou, dentre outros tópicos, a exigir que a prisão que não em flagrante delitos possa ser efetuada por ordem escrita de "autoridade judiciária

* Publicado também com o título "Na Constituição: o direito de prender", no jornal O Estado de São Paulo, em 20.03.1988.

** Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 11/11/1992 e aposentado a partir de 13/11/1998.

competente". Esse foi um passo de gigante, que rompe com toda sistemática jurídica brasileira anterior.

Nos termos da Carta política em vigor (art. 153, § 12), só se pode ser preso em flagrante delito ou mediante ordem escrita de "autoridade competente". Essa redação ficou pior do que as redações das Constituições de 1934 e 1946 que falavam em "ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei". E a "lei" (Código de Processo Penal, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União etc.) dá competência para que a autoridade administrativa (não só judiciária) decrete a captura em determinadas circunstâncias. Assim, por exemplo, o cônsul pode decretar a prisão de um marinheiro de seu país que tenha desertado de um vaso de guerra ou mesmo de um navio mercante. Também o diretor-geral de uma repartição pública pode, sem necessidade do endosso judicial, mandar prender o servidor público que tenha se apropriado de bens ou dinheiro que estejam sob sua guarda (alcance). Da mesma forma o juiz civil tem poderes, sem necessidade do concurso de seu colega de vara criminal, para mandar capturar e custodiar aquele que não paga pensão alimentícia ou que tenha dado sumiço em bem que estava formalmente sob sua responsabilidade (depositário infiel).

Pois bem, diante do texto aprovado – a menos que apareça ainda ressalva em outras partes da Constituição (Seções I, II e III do Capítulo VII) – já não se poderá (como a rigor nunca se pode) mais deter alguém para "averiguações" ou prender, salvo em flagrante delito ou mediante mandado judicial.

Não resta dúvida de que esse passo, em matéria de legislação constitucional, é grande e coloca o Brasil na vanguarda dos países mais adiantados, os quais procuram, sobretudo através do Judiciário, consagrar esse princípio de prisão só por meio de mandado judicial ou em flagrante delito.

Na verdade, o novo dispositivo constitucional não trará prejuízo para a sociedade. A autoridade administrativa, que perderá sua competência própria, poderá, quando não houver flagrância, se socorrer da autoridade competente (judiciária).

Por outro lado, ninguém de bom senso verá inconstitucionalidade no fato de a polícia pedir documentos a traseunte que lhe pareça suspeito. A rigor, isso não se traduz em "prisão", ainda que se dê a tal vocábulo, como convém, sentido amplo.

No caso específico dos militares, que se acham por natureza adstritos a disciplina rígida, a prisão poderá continuar ser ordenada, como no momento (Código de Processo Penal Militar, art. 221), por "autoridade competente", isto é, por autoridade nomeada pela lei ordinária e que não seja exclusivamente a judiciária militar. Esse se me afigura o melhor caminho, que deve ser objeto de ressalva no art. 51 do Projeto em votação.

A propósito, a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 27º, inciso 2, fala que

ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

A seguir, estabelece o texto lus o algumas exceções, como a prisão em flagrante delito etc, e a "Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente" (inciso 3, alínea "c").

O § 24 do art. 6º, já aprovado, por certo se inspirou diretamente nas Constituições espanhola (art. 17, inciso 3) e português a (art. 28º, inciso 3) que mandam que se coloque o capturado a par de seus direitos e que seja feita a comunicação da prisão também a familiares ou a quem o preso indicar.

A Constituição da Espanha, que é de 27 de dezembro de 1978, se baseou, como ora faz o texto brasileiro, certamente no "Miranda Case", julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1966.

Nesse famoso marco da jurisprudência norte-americana, que se deu por decisão apertada (5x4), julgou-se ilegal a prisão de Ernesto Miranda porque o policial que o prendeu não recitou a clássica ladainha "você tem o direito de ficar em silêncio" etc. (you have the right to remain silent...).

Desse modo, bem andou o constituinte brasileiro em nacionalizar o "Miranda Case", pois nos próprios Estados Unidos, sobretudo após a eleição de Richard Nixon, que teve como plataforma eleitoral a "restauração da lei e da ordem", tem havido tentativas para enfraquecer o alcance da grande decisão da Corte Warren sob o fundamento de que a sociedade, hoje em dia, está precisando de maior proteção contra os marginais. Assim, em "Harris v. New York", de 1972, a Suprema Corte julgou legal a prisão quando o preso, sem a presença de testemunhas, afirma que não fora formalmente cientificado de seus direitos, inclusive o de ficar calado quando de seu interrogatório.